EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE PERSONA CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL (ARTÍCULO 172 DEL CÓDIGO PENAL)

Sumilla. La Ley N.° 30838, que modificó el artículo 172 del Código Penal, introdujo el elemento normativo y descriptivo "libre consentimiento". En ese sentido, la norma interna se ha adaptado a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y lo que corresponde es una interpretación y aplicación de este dispositivo en concordancia con dicho instrumento normativo, lo cual implica tener en cuenta que: a) el sujeto activo conozca que el sujeto pasivo padece de discapacidad intelectual que le impide prestar un libre consentimiento; b) el sujeto activo se prevalga de este conocimiento, y se aproveche de la discapacidad de la víctima en el momento de los hechos; y c) el sujeto pasivo padezca de discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental– la que le impide comprender y consentir la relación sexual, esto es, que su nivel de discapacidad no le permita, en el momento del hecho, consentir válidamente el acto sexual.

Esta determinación se efectuará según las circunstancias de cada caso en particular, y con el apoyo de las pericias psiquiátricas y psicológicas, cuya actuación es de rigor, las que deben tener en cuenta los déficits intelectuales de la persona con discapacidad. Además con los medios de prueba que aporten las partes.

legis.pe

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, nueve de mayo de dos mil diecinueve

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación, interpuesto por el **FISCAL SUPERIOR PENAL DE HUAURA,** contra la sentencia de segunda instancia del diecinueve de mayo de dos mil dieciséis (foja 172), emitida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidación de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que revocó la de primera instancia del once de marzo de dos mil dieciséis (foja 132) que **condenó** a Eusebio Alejandro Suárez Giraldo como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia, en perjuicio de la menor con iniciales A. M. A. G., le impuso quince años de pena privativa de la libertad efectiva, y fijó en cinco mil soles la reparación civil; y

reformándola se le **absolvió** de la acusación fiscal y se declaró infundada la pretensión indemnizatoria, con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la jueza suprema **CASTAÑEDA OTSU**.

HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL

Primero. El fiscal adjunto provincial de Barranca formalizó acusación (foja 25) contra Eusebio Alejandro Suárez Giraldo, por los siguientes hechos:

1.1. El veintisiete de marzo de dos mil quince, a las doce y treinta horas aproximadamente, en circunstancias que la menor con iniciales A. M. A. G. se dirigía de su domicilio sito en el centro poblado Santa Elena Norte mz. F, lote 23-A, Barranca, hacia la institución educativa Juan Velazco Alvarado, ubicada en el mismo centro poblado; en el camino se encontró con su tío Eusebio Alejandro Suárez Giraldo, quien manejaba una minivan y le pidió que fueran a pasear a Barranca; por lo que, subió al vehículo.

1.2. Suárez Giraldo condujo por Agropensa con la finalidad de que la madre de la menor no advirtiera su presencia, hasta llegar a su casa ubicada en la urbanización Las Palmeras, mz. IC 3 (portón verde), Barranca, donde hizo ingresar a la menor. En un cuarto, le realizó tocamientos en sus partes íntimas y le quitó la ropa, pese a que la menor le manifestó que no le saque sus prendas, y luego él se quitó la ropa y abusó sexualmente de ella con la introducción de su pene en su vagina, pese a que ella puso resistencia.

1.3. Posteriormente, la trasladó hasta Santa Elena Norte, Barranca, y la dejó a una cuadra de su centro educativo, en el cual se encontró con su profesora "Cecilia", quien le preguntó de dónde venía tan

legis.pe

tarde, y esta le contó lo ocurrido. Luego, la profesora informó al director y se comunicó el hecho a la madre de la menor.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Segundo. De los actuados remitidos por la Sala Penal de Apelaciones y de Liquidación de la Corte Superior de Justicia de Huaura (Sala Penal de Apelaciones), se tiene los siguientes actos procesales:

2.1. El fiscal adjunto provincial de Barranca formuló acusación contra Eusebio Alejandro Suárez Giraldo, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de persona en incapacidad de resistir —con retardo mental—, previsto en el artículo 172 del Código Penal (CP), en perjuicio de la menor con iniciales A. M. A. G. (foja 25). Solicitó se le imponga veinte años de pena privativa de la libertad y diez mil soles por concepto de reparación civil.

2.2. Mediante sentencia del once de marzo de dos mil dieciséis (foja 132) el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Huaura, condenó a Eusebio Alejandro Suárez Giraldo como autor del mencionado delito y como tal le impuso quince años de pena privativa de la libertad efectiva, y fijó en cinco mil soles por concepto de reparación civil.

2.3. La sentencia fue apelada por el defensor público de Suárez Giraldo el veintiocho de marzo de dos mil dieciséis (foja 150), la que fue concedida por auto del cinco de abril del mismo año (foja 154), y se dispuso su elevación a la Sala Penal de Apelaciones.

legis.pe

2.4. La Sala Penal de Apelaciones, el diecinueve de mayo de dos mil dieciséis revocó la sentencia de primera instancia y absolvió de la acusación fiscal a Suárez Giraldo y declaró infundada la pretensión indemnizatoria.

2.5. Contra la sentencia de segunda instancia, el dieciséis de junio de dos mil dieciséis el fiscal superior penal de Huaura interpuso recurso de casación, que es materia de la presente ejecutoria suprema.

SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO

Tercero. El fiscal superior penal de Huaura en su recurso de casación (foja 184) invocó como causales de su recurso, los incisos 1 y 3, artículo 429, del CPP, relativos a la casación constitucional y casación material, con base en los siguientes argumentos:

legis.pe

3.1. La Sala Penal de Apelaciones con base en el inciso 2, artículo 12, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la Ley N.° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, concluyó que las personas con retardo mental gozan del derecho a decidir libremente sobre su actividad sexual; sin embargo, esta conclusión enerva la protección de los menores que presentan dicha discapacidad intelectual.

3.2. La Sala Penal de Apelaciones sostuvo que no se demostró que la menor agraviada no esté en condiciones de decidir, y que de acuerdo a la pericia sicológica se inferiría que el acto sexual con Suárez Giraldo fue consentido. Estima que debió valorarse debidamente la Pericia Siquiátrica N.° 044289-2015-PSQ, que acredita que la menor agraviada presenta retardo mental de

leve a moderado, con una edad mental clínica entre siete a nueve años de edad, y conación (no es dueña de su voluntad), y; por tanto, no podía expresar su voluntad. En ese sentido, no se observó el inciso 2, artículo 425, del CPP, ya que no se valoró la citada pericia siquiátrica, que demuestra que la menor no podía expresar manifestación de voluntad alguna, circunstancia de la que se aprovechó el acusado.

Concluye que al haber sostenido Suárez Giraldo relaciones sexuales con una menor con retardo mental de leve a moderado, se configuró el delito previsto en el artículo 172 del CP. Su pretensión es que se declare nula la sentencia de segunda instancia y se ordene un nuevo pronunciamiento por otra Sala Penal de Apelaciones

legis.pe

ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

Cuarto. Conforme a la ejecutoria suprema del cinco de mayo de dos mil diecisiete (foja 26), se concedió el recurso de casación por la causal prevista en el inciso 3, artículo 429, del CPP (errónea aplicación o interpretación de la ley penal material).

En este caso, el examen casacional se circunscribe a la errónea interpretación del artículo 172 del CP —violación sexual de persona en incapacidad de resistencia—, por cuanto se habría realizado una decodificación aparentemente inadecuada de este dispositivo legal. Se consignó que la decisión tiene la utilidad simultánea de brindar solución al asunto y, a la par, servir de guía a la actividad judicial ante las diversas interpretaciones a las que se puede arribar en la aplicación de este tipo penal.

Quinto. Luego de la admisión del recurso de casación, el expediente se puso a disposición de las partes por el plazo de diez días. Mediante decreto del siete de marzo de dos mil diecinueve (foja 36), se fijó fecha para la audiencia de casación el veintiocho de marzo de dos mil diecinueve. En dicha fecha se realizó la audiencia con la concurrencia del fiscal adjunto supremo en lo penal Abel Pascual Salazar Suárez. Su desarrollo consta en el acta correspondiente.

Sexto. Concluida la audiencia, se realizó la deliberación de la causa en sesión secreta. Luego del debate, se efectuó la votación, en la que se obtuvo los votos necesarios para la emisión de la presente sentencia de casación, cuya lectura se efectúa el día de la fecha.

legis.pe

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 172 DEL CÓDIGO PENAL

Sétimo. El artículo 172 del Código Penal, hasta la fecha, ha sido objeto de 4 modificatorias. La redacción vigente al momento en que ocurrieron los hechos es la establecida por la Ley N.° 28704[1] —publicada el 5 de abril de 2006—, que sanciona con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años a quien tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos al introducir objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir.

[1] Ley que modifica artículos del Código Penal relativos a los delitos contra la libertad sexual y excluye a los sentenciados de los derechos de gracia, indulto y conmutación de la pena.

Establece una modalidad agravada, cuando el autor comete el delito al abusar de su profesión, ciencia u oficio, en cuyo caso, la pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Octavo. Conforme a la precitada regulación, para que se configure el delito se debe acreditar lo siguiente: **i.** un acceso carnal; **ii.** que el sujeto pasivo sufra anomalía síquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentre en incapacidad de resistir; iii. que el sujeto activo, conociera esa condición y hubiese abusado de ella. Se trata de un tipo penal doloso, no se admite la comisión culposa.

Según la redacción literal del artículo en mención, y en relación a lo que es objeto del recurso de casación, solo basta que se acredite pericialmente en el proceso la discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental– de la víctima y que el sujeto activo conozca de esa discapacidad y conociéndola abuse de ella.

Noveno. En lo que respecta a la interpretación de este dispositivo legal, en relación al bien jurídico, la Corte Suprema ha establecido:

> "En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada "intangibilidad" o "indemnidad sexual". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la

víctima, lo protegido son las condiciones físicas o síquicas para el ejercicio sexual en libertad"[2].

En algunos casos, la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, consideró que no se requiere que el grado del retardo sea grave[3] para que se configure este tipo penal, y en otros, tuvo en consideración si debido al retraso mental la víctima se encontraba en capacidad para consentir las relaciones sexuales[4].

Décimo. La última modificatoria de este artículo, es la introducida mediante Ley N.° 30838, publicada el cuatro de agosto de dos mil dieciocho con la sumilla: violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento. Se sanciona con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, a quien tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos al introducir objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, **conociendo que está impedida de dar su libre consentimiento** por sufrir de anomalía síquica, grave alteración de la

legis.pe

[2] Acuerdo Plenario N.° 1-2011/CJ-116, del seis de diciembre de dos mil once. Asunto: Apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual. f. j. 16.

[3] Casación N.° 71-2012-Cañete, del 20 de agosto de 2013, f.j. 7. Sala Penal Permanente. "No se requiere que el retardo mental sea de una intensidad regularmente grave que no le permita conocer o valorar lo que representan las prácticas sexuales para que se perfeccione el delito antes citado; que admitir ello sería establecer que para la configuración del tipo penal, además del retardo mental que menciona este debe ser regularmente intenso, lo cual sería añadir otro elemento objetivo que no prevé la norma penal".

[4] Recurso de Nulidad N.° 1879-2017, del veinte de setiembre de dos mil dieciocho, f. j. 14. Sala Penal Permanente. "De este modo, no resulta posible sostener que una persona con retraso mental moderado, con una edad cronológica de seis años y limitaciones para su normal desempeño de vida se encuentre en capacidad para consentir relaciones sexuales; y, dado que dicha condición resulta apreciable al contacto social, tampoco puede sostenerse o justificarse el consentimiento que pretende invocar el acusado".

conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir.

Conforme a la nueva redacción, ya no es suficiente que el dolo del sujeto activo abarque el conocimiento de que la víctima padece de las discapacidades mencionadas, y que además conoce del impedimento para consentir –que le ocasiona la discapacidad– y se aproveche de esta circunstancia.

Decimoprimero. En cuanto a la discapacidad intelectual, la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo define como un estado de desarrollo incompleto o interrumpido de la mente, que se caracteriza por la dificultad en el período de desarrollo para adquirir las aptitudes que contribuyen al nivel general de la inteligencia, es decir, las aptitudes cognitivas, de lenguaje, motrices y sociales. En algunos casos, puede estar acompañado de cualquier otro trastorno somático o mental. De hecho, los afectados de una discapacidad intelectual mental pueden padecer todo el espectro de trastornos mentales y su prevalencia es al menos tres o cuatro veces mayor en esta población que en la población general. Se agrega, que tienen un mayor riesgo de sufrir explotación o abusos físicos y sexuales.

El déficit en la función intelectual es considerado como su principal característica. Se toma en cuenta el cociente intelectual (CI) para clasificar los grados de retardo, que deben determinarse mediante la aplicación individual de pruebas de inteligencia estandarizadas y adaptadas a la cultura de la población de la cual es miembro el sujeto.

legis.pe

Los grados o niveles de retraso son clasificados por la CIE-10[5]. Se clasifica en grados: retraso mental leve, moderado, grave y profundo.

Decimosegundo. En lo que concierne al examen casacional, la discapacidad intelectual, es un elemento normativo y descriptivo del artículo 172 del CP, que debe ser interpretado bajo nuevos enfoques, pues la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad se acerca más a un enfoque social[6], que médico, de la discapacidad[7], como veremos en el siguiente apartado.

LA LIBERTAD SEXUAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

Decimotercero. La persona con discapacidad es un sujeto de especial protección constitucional. Así lo consagra el artículo 7 de la Constitución Política, relativo al derecho a la salud, que en el párrafo final prescribe: "La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad".

legis.pe

En este orden de ideas, formalmente el constituyente ha determinado que las personas discapacitadas gozan, de los mismos derechos y

[5] F70 Retraso mental leve (50 a 69 de CI), F71 retraso mental moderado (del 35 a 49 de CI), F72 retraso mental grave (del 20 a 34 de C.I.), F73 retraso mental profundo (menos de 20 de CI), F78 otro retraso mental, y F79 retraso mental sin especificación.

6 AGUSTINA PALACIOS. El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Editorial Cinca, Madrid, 2008.

7 En ese sentido, se orienta la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Así, en la Sentencia N.° C-458 del 2015, deja sentado que la discapacidad no es un problema físico o de salud de la persona que deba tratarse de manera aislada, sino un problema social del que son víctimas las personas que componen esta población, ya que ante la sociedad no se están generando las medidas de inclusión efectivas desde un lenguaje que los reconozca como personas iguales, y no como sujetos con menos valor en la sociedad, yendo en contra de los fines de los 2 últimos incisos, del artículo 13, de su Constitución Política y la dignidad humana.

garantías que las demás[8]. Es por ello, que se puede afirmar que deben ser merecedores de una protección especial por parte del Estado, y en tal sentido, se precisa de acciones concretas y efectivas, a través de políticas públicas que promueven las acciones afirmativas en defensa de sus derechos.

Decimocuarto. El mencionado artículo 7, debe ser interpretado de conformidad con lo dispuesto en la IV Disposición Final y Transitoria de la Norma Fundamental, según la cual los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú[9]. Además, se debe tener en cuenta que conforme el artículo 55 de la Norma Fundamental, los tratados celebrados por Perú y en vigor forman parte del derecho interno.

legis.pe

Decimoquinto. Los tratados que de modo específico abordan los derechos de las personas con discapacidad, en los ámbitos interamericano y universal, son: i) La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad[10], y ii) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[11].

---

[8] En ese sentido, el Tribunal Constitucional en el f. j. 13 de la STC N.° 02480-2008-PA/TC, dejó establecido, que "la Constitución reconoce a las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección debido a las condiciones de vulnerabilidad manifiesta por su condición síquica y emocional, razón por la cual les concede una protección reforzada para que puedan ejercer los derechos que otras personas, en condiciones normales, ejercen con autodeterminación".

[9] Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

[10] Suscrita en Guatemala el 7 de junio de 1999. Aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.° 27484, del 15 de junio de 2001, y

Decimosexto. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en su artículo primero define el término "discapacidad", como una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Conforme a su artículo 2, sus objetivos son, la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad.

Decimosétimo. Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el artículo 1, incluye en este grupo poblacional "a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Además, señala la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

Decimoctavo. En atención, al propósito de la referida Convención: "que todas las personas con discapacidad gocen de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad", los Estados Parte convinieron en consagrar un conjunto de principios y

ratificada por el Presidente de la República, según Decreto Supremo N.° 052-2001-RE, del 30 de agosto de 2001. En vigor desde el 14 de setiembre de 2001.

[11] Suscrita en New York el 13 de diciembre de 2006. Aprobada por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N.° 29127, del 30 de octubre del 2007, y ratificada por el Presidente de la República, según Decreto Supremo N.° 073-2007-RE, del 30 de diciembre de 2007. En vigor desde el 3 de mayo de 2008.

derechos con tal finalidad. Así, el inciso 2, artículo 3, dispone que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. En el ámbito de la libertad, se consagra el principio de la **autonomía individual**, **incluida la libertad de tomar las propias decisiones** (artículo 3)[12], y entre otros derechos que provienen de esta libertad, se consagran los de casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges, decidir el número de hijos que quieren tener, y mantener su fertilidad (apartados a, b y c del artículo 23). En el ámbito del derecho a la salud, se dispone que se les debe proporcionar programas y atención de la salud, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva (apartado a del artículo 25)[13].

Decimonoveno. En el inciso 2, artículo 12 de la Convención, se reconoce a los discapacitados que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Es por ello,

[12] En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha fijado como línea interpretativa en la STC N.° 2313-2009-HC/TC, f.j. 6: "La discapacidad mental no es sinónimo, *prima facie*, de incapacidad para tomar decisiones. Si bien las persona que adolecen de enfermedades mentales, suelen tener dificultad para decidir o comunicar tales decisiones, estas deben ser tomadas en cuenta puesto que ello es una manifestación de su autodeterminación, y en primera instancia de su dignidad".

[13] En consideración al modelo social de la Convención, se critica el artículo 172 del CP en la redacción contenida con la Ley N.° 28704: "Esta norma claramente responde a estereotipos propios del modelo médico o rehabilitador, al proteger de manera especial a la persona con discapacidad mental y equipara su tratamiento al de un menor de edad, en donde la falta de consentimiento o voluntad se presume sin permitir prueba en contrario. La equiparación de la discapacidad mental a la minoría de edad es frecuente. Sin embargo, mientras en el caso la minoría de edad, las normas internacionales y nacionales reconocen limitaciones en el ejercicio de la capacidad jurídica, dicho enfoque es radicalmente dejado de lado bajo la lógica del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (…). En el marco del modelo social, donde prevalece la autonomía, cabe revisar la norma a efectos de no presumir la incapacidad de brindar consentimiento. [BREGAGLIO LAZARTE, Renata y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. Modelo social de la discapacidad y Derecho penal: aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano. En: *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad*. Ciudad de México: Ubijus editorial, 2017, p. 135-136].

que los Estados Parte asumen la obligación de asegurar que para el ejercicio de esta capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos[14].

En el ámbito penal, la Convención contiene dos disposiciones. Una primera del artículo 14, referido a la persona discapacitada como sujeto activo del delito[15], que dispone que los Estados Partes aseguren que estas personas, privadas de su libertad en razón de un proceso, tengan en igualdad de condiciones con las demás, derecho a las garantías del derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

La otra disposición es la del artículo 16, respecto a las personas con discapacidad como sujetos pasivos del delito, en el que se prevé que los Estados Partes adopten legislaciones y políticas para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra aquellas sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados, en aras de su protección.

Vigésimo. La Ley N.° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, reconoce los principios y derechos que consagra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y reitera la conceptualización de la discapacidad (artículo 2). En su artículo 9, garantiza que la persona con discapacidad tiene capacidad

[14] Además que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

[15] Ver: Documenta, Análisis y acción para la justicia social. Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: reflexiones desde América Latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad. Editorial Ubijus, México, 2017.

jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. Y al igual que la citada Convención, se proporcionen salvaguardas para su ejercicio, ya que prescribe: el Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones[16].

En lo atinente a la libertad sexual de los discapacitados, el párrafo final, del inciso 2, de este dispositivo, estipula que el Estado "garantiza su derecho a contraer matrimonio y a decidir libremente sobre el ejercicio de su sexualidad y su fertilidad".

Vigesimoprimero. Si bien esta ley modificó diversas normas del ordenamiento jurídico[17], no contiene referencias expresas a la normatividad penal. Como se anotó, la Ley N.° 30838 que modificó el artículo 172 del CP, introdujo el elemento normativo y descriptivo[18] "libre consentimiento" en este dispositivo y en otras figuras delictivas: Violación

[16] Las salvaguardas que en el ámbito interno se han establecido para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, han sido introducidas por el Decreto Legislativo N.-° 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, y establece diversas modificaciones al Código Civil y Código Procesal Civil.

[17] El Código Civil, la Ley General de Educación, la Ley Universitaria, la Ley General de Salud, la Ley de Radio y Televisión, el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, la Ley General de Aduanas, el Decreto Ley 19846, el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la Ley de promoción de acceso a Internet para personas con discapacidad y de adecuación del espacio físico en cabinas públicas de Internet, y la Ley de la Carrera Judicial

[18] Es normativo, porque requiere para su determinación o interpretación una valoración ética o jurídica y, por tal motivo, un cierto grado de subjetivismo [Zaffaroni, Eugenio Raúl: Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 399], y es descriptivo, porque para precisar su contenido se requiere de conocimientos psicológicos o médico-psiquiátricos que están más allá de las valoraciones jurídicas. El Derecho no es la única rama del conocimiento que nos dice a quienes se les debe considerar como "impedidos de dar su libre consentimiento".

sexual (artículo 170), tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos "sin consentimiento" (artículo 176), o "sin el consentimiento de esta", como es el caso del acoso sexual (artículo 176-B). Si bien algunos proyectos de ley que se presentaron para la modificatoria de los artículos correspondientes al título de la violación de la libertad sexual, se basaron en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer[19], es evidente que el legislador tuvo en cuenta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En ese sentido, la norma interna se ha adaptado a la citada Convención y lo que corresponde es una interpretación y aplicación de este dispositivo en concordancia con este instrumento normativo.

En cuanto al libre consentimiento, constituye una manifestación de la autodeterminación de la persona, quien es libre de tomar sus propias decisiones[20]. En ese sentido, si la víctima no puede autodeterminarse por su discapacidad intelectual, entonces no es posible que brinde su libre consentimiento.

Vigesimosegundo. En atención a lo expuesto, una interpretación del artículo 172 del CP en concordancia con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, implica tener en cuenta que: a) el sujeto activo conozca que el sujeto pasivo padece de discapacidad intelectual que le impide prestar un libre consentimiento; b) el sujeto activo se prevalga de este conocimiento, y se aproveche de

[19] Proyectos de Ley N.° 1069/2016, N.° 2070/2017-CR, entre otros.

[20] De acuerdo al modelo funcional de autodeterminación de Michael Wehmeyer, la autodeterminación es aquella conducta que lleva a la persona a actuar como el principal agente causal de sus acciones sin influencias o interferencias externas innecesarias. Peralta López, Feli; Arellano Torres, Araceli. La autodeterminación de las personas con discapacidad intelectual: situación actual en España, Revista CES Psicología, vol. 7, núm. 2, Medellín, julio-diciembre, 2014, 59-77,

la discapacidad de la víctima en el momento de los hechos[21]; y c) el sujeto pasivo padezca de discapacidad intelectual –conocida bajo el modelo médico como retardo mental– la que le impide comprender y consentir el acceso carnal o el acto sexual cometido[22], esto es, que su nivel de discapacidad no le permita, en el momento del hecho, consentir válidamente el acto sexual.

Esta determinación se efectuará según las circunstancias de cada caso en particular, y con el apoyo de las pericias psiquiátricas y psicológicas, cuya actuación es de rigor, las que deben tener en cuenta los déficits intelectuales de la persona con discapacidad. Además con los medios de prueba que aporten las partes.

legis.pe

ANÁLISIS DEL CASO

Vigesimotercero. Como se ha indicado la sentencia de vista revocó la de primera instancia que condenó a Suárez Giraldo por el delito de

[21] Es preciso que el agente del delito se aproveche, prevalga o abuse de dicha discapacidad para dar rienda suelta a sus instintos lascivos. Este abuso deliberado del agresor es el que también incrementa el contenido de reproche jurídico del delito. De esta manera, el modo con el que actúa el violador y la circunstancia especial de la persona discapacitada son los dos fundamentos sobre los que descansa la conducta descrita en el artículo 172 del CP. En este sentido, Muñoz Conde sostiene que: "(…) precisamente, para evitar una interpretación demasiado objetivista se exige que, además, que el sujeto activo "abuse" del trastorno mental, es decir, se aproveche de la incapacidad del sujeto pasivo para entender el alcance del acto sexual o para autodeterminarse y consiga el contacto sexual precisamente por esa incapacidad. Este "abuso" exige, por tanto, una actitud dolosa, que tiene que ser probada y no simplemente presumida en el correspondiente proceso". [Muñoz Conde, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 234].

[22] La Sala Plena de la Corte Suprema de Colombia (6 may. 2009, rad. 24055), ha señalado que: la condición especial del sujeto pasivo se asemeja a la figura de la inimputabilidad del procesado en sede de la categoría de la culpabilidad, es decir, tiene que ver con la capacidad psíquica por parte de la víctima de comprender las implicaciones del acceso carnal o del acto sexual cometido, así como de determinarse de acuerdo con esa comprensión (en analogía con las facultades mentales que alrededor de la realización del injusto consagra el artículo 33 de la ley 599 de 2000).

violación sexual de persona con retardo mental –discapacidad intelectual–, y lo absolvió de los cargos.

Vigesimocuarto. Para analizar el caso concreto, este Supremo Tribunal tiene en consideración que en la sentencia de primera instancia se declaró probado que la menor con iniciales A. M. A. G., tuvo acceso carnal por la vía vaginal, conforme a las conclusiones expuestas por la perito médico legista María Paula Coaquira Galindo, quien elaboró el Certificado Médico Legal N.° 986-L-DCLS, del 27 de marzo de 2015, pues se evidenció que presentaba signos de desfloración reciente.

También se declaró probado que la referida menor padece de retado mental de leve a moderado, conforme a las conclusiones expuestas en juicio oral por el médico cirujano Martín de los Milagros Ramos Mendoza respecto al certificado de discapacidad N.° 065-15 de dicha menor. Asimismo, con lo referido por el perito psicólogo Oscar Alfredo Tirado Camacho, autor del Protocolo de Pericia Psicológica N.° 004199-2015-PSC, quien señaló que la menor evidenció un posible daño a nivel neurológico degenerativo. Y con la oralización de la Evaluación Psiquiátrica N.° 44289-2015-PSQ, del 14 y 24 de agosto de 2015, que estableció una edad clínica de la menor ubicable entre los siete a nueve años de edad, con un síndrome orgánico cerebral (epilepsias sin convulsiones) y de personalidad en estructuración.

Vigesimoquinto. Se declaró probado además que de esta condición de discapacidad intelectual, tuvo conocimiento el acusado absuelto Suárez Giraldo. Ello con base al relato de la madre de la menor en el Protocolo de Pericia Psicológica N.° 004199-2015-PSC, donde refirió que el acusado sabía que su hija estaba mal, y lo vertido en juicio oral, pues

legis.pe

refirió que dicho acusado concurría a su vivienda toda las mañanas a dar alimentos a sus animales (patos y gallinas) que tenía encargados.

Vigesimosexto. La Sala Penal de Apelaciones abordó la cuestión si la menor con iniciales A. M. A. G. estuvo impedida o no de dar su libre consentimiento sexual, con base en el inciso 2, artículo 12 y literal a), inciso 1, artículo 23, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el inciso 2, artículo 9 de la Ley General de Personas con Discapacidad. La Sala concluyó que el Ministerio Público no demostró que dicha menor se encontraba en condiciones de decidir en su esfera sexual; y que por lo tanto, entendió que sí gozaba del derecho a decidir libremente sobre su actividad sexual.

Con relación a este punto, se aprecia que la Sala Penal de Apelaciones incurrió en una falacia o un error en su argumentación, pues sustentado en que no se acreditó la falta de autodeterminación de la menor, concluyó que si la tenía; obviando la valoración de los otros medios de prueba como: i) el Protocolo de Pericia Sicológica N.° 004199-2015-PSC, del 23 de setiembre de 2015, en el cual, a la pregunta a la menor sobre si sabe que son relaciones sexuales respondió negativamente. Asimismo, no definió o explicó a qué se refiere con violación, solo señaló que son tocamientos, y concibió como un juego los besos del acusado y que le haya quitado la ropa; ii) la Evaluación Psiquiátrica N.° 44289-2015-PSQ, señala que adolece de conación, pues no es dueña de su voluntad, su edad mental se ubica clínicamente entre los siete a nueve años de edad, y se concluyó que presenta una personalidad en estructuración, y recomendó que la menor continúe con tratamiento psiquiátrico y psicológico por el estrés postraumático.

legis.pe

Vigesimosétimo. Asimismo, con base en el Protocolo de Pericia Psicológica N.° 004199-2015-PSC, del veintitrés de setiembre de dos mil quince, practicado a la menor, concluyó que las relaciones sexuales entre el acusado y ella fueron consentidas. Sin embargo, se aprecia que las conclusiones de la pericia sicológica no se corresponderían con el relato de la menor, quien señaló que no quería que le quiten la ropa, y que cuando el acusado le introdujo su pene en su vagina se sintió mal; relato que fue reiterado en su declaración del veintiocho de marzo de dos mil quince[23].

Vigesimoctavo. En el caso en concreto, es evidente que la Sala Penal de Apelaciones realizó un juicio de valor sesgado y parcial, lo que determinó que efectúe una interpretación inadecuada del artículo 172 del CP, cuando aplicó el inciso 2, artículo 12 y literal a), inciso 1, artículo 23, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por tanto, corresponde dictar una sentencia rescindente y reenviar el proceso a otro Colegiado Superior para que se pronuncie sobre el fondo del asunto, teniendo en cuenta la interpretación realizada sobre el citado dispositivo legal.

Vigesimonoveno. Finalmente, de lo actuado aparece que Suárez Giraldo fue condenado el once de marzo de dos mil dieciséis por el Juzgado Penal Colegiado de Huaura a quince años de pena privativa

[23] En el Acuerdo Plenario N.° 4-2015/CIJ-116, se fijó como criterio que el informe debe haberse elaborado de acuerdo a las reglas de la lógica y conocimientos científicos o técnicos. Especialmente, si se analiza el objeto del dictamen, la correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos del dictamen pericial, y la correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen, la existencia de contradicciones entre el informe y lo vertido por el perito en el acto oral.

de la libertad (foja 132), condena que fue ejecutada de inmediato, pues en dicha fecha se encontraba en un establecimiento penitenciario cumpliendo la medida de prisión preventiva desde el veintisiete de marzo de dos mil quince. En consecuencia, por los efectos de esta sentencia casatoria, retoma su condición de condenado, por lo que debe ordenarse su inmediata recaptura, cursándose los oficios correspondientes con tal fin.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el **FISCAL SUPERIOR PENAL DE HUAURA,** contra la sentencia de segunda instancia del diecinueve de mayo de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidación de la Corte Superior de Justicia de Huaura.

II. **CASAR** y declarar **NULA** la citada sentencia de segunda instancia, que revocó la de primera instancia del once de marzo de dos mil dieciséis que condenó a Eusebio Alejandro Suárez Giraldo como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de persona en incapacidad de resistencia, en perjuicio de la menor con iniciales A. M. A. G., le impuso quince años de pena privativa de la libertad efectiva, y fijó en cinco mil soles por concepto de reparación civil; y reformándola se le absolvió de la acusación fiscal y se declaró infundada la pretensión indemnizatoria, con lo demás que contiene.

legis.pe

III. **CON REENVIÓ**, ordenar que otro Colegiado Superior emita un nuevo pronunciamiento, previa convocatoria y realización de una nueva audiencia de apelación, en la que deberá tenerse en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia casatoria.

IV. **ORDENAR** la ubicación y captura de Eusebio Alejandro Suárez Giraldo, para lo cual se cursará los oficios correspondientes, conforme al fundamento vigesimonoveno de la presente sentencia casatoria.

V. **DISPONER** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública y se publique en la página web del Poder Judicial.

VI. **MANDAR** se remita la causa a la sala superior de origen para su debido cumplimiento, y que se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

SYCO/wrqu

legis.pe